

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO CHILENO

EFFECTIVE JUDICIAL GUARDIANSHIP IN THE CHILEAN PENITENTIARY FIELD

OCTAVIO PINO REYES

Universidad Católica Silva Henríquez

Recibido: 26/10/2020

Aceptado: 28/10/2020

Resumen: Aunque nuestro ordenamiento garantiza a todas las personas la protección judicial frente a los actos de la administración del Estado, no existe un cuerpo legal que contemple un recurso sencillo, rápido y efectivo que tenga por objeto el impugnar judicialmente una resolución dictada por la autoridad penitenciaria. Esto ha llevado a que, en la práctica, las acciones constitucionales de amparo y protección se hayan convertido en el único instrumento de tutela de los derechos e intereses de los condenados privados de libertad, de manera forzosa, ya que las actuaciones de la administración penitenciaria contra las cuales se recurre, no siempre se encuadran dentro de los supuestos amparados constitucionalmente, lo que incide en las posibilidades de éxito de la acción.

Palabras clave: tutela judicial efectiva, derecho penitenciario, permisos de salida, derechos de los condenados, reforma constitucional.

Abstract: *Although our legal system guarantees all person's judicial protection against the acts of the State administration, there is no legal body that provides for a simple, quick and effective remedy whose purpose is to judicially challenge a resolution issued by the prison authority. This has led to the fact that, in practice, constitutional actions for habeas corpus and protection have become the only instrument for the protection of the rights and interests of convicted persons deprived of liberty, in a forced manner, since the actions of the prison administration Against which it is appealed, they do not always fall within the constitutionally protected cases, which affects the chances of success of the action.*

Keywords: *effective judicial protection, penitentiary law, exit permits, rights of the convicted, constitutional reform.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. 2.1 Acción constitucional de amparo. 2.2. Acción constitucional de protección. 3. CONCLUSIONES. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El 25 de octubre recién pasado, mediante plebiscito nacional, los ciudadanos chilenos eligieron comenzar un proceso de redacción de una nueva Constitución, que venga a reemplazar a la Constitución de 1980 y solucione las graves deficiencias que, en materia de derechos sociales, ésta presentaba. Este proceso será llevado

adelante por una Comisión Constituyente, elegida íntegramente por la ciudadanía, la que deberá presentar el producto de su trabajo al cabo de 2 años.

En esta discusión, me parece que es de suma relevancia abordar los derechos de uno de los grupos más invisibilizados de nuestra sociedad, las personas privadas de libertad en virtud de una sentencia condenatoria y la tutela judicial efectiva de los mismos. Esta discusión resulta más urgente aún si consideramos que lamentables sucesos ocurridos en los últimos meses, referidos a graves delitos cometidos por condenados que se encontraban haciendo uso de libertad condicional o permisos de salida, a derivado en un ambiente propicio para endurecer estas medidas, sin mayor reflexión y olvidando el fin de reinserción que debe tener toda pena privativa de libertad.

Es por lo anterior, que en las siguientes páginas me referiré a la situación actual de los derechos de los privados de libertad y la (in)existente tutela judicial efectiva de estos derechos. Para ello, realizaré un análisis de nuestra jurisprudencia y legislación, a la luz de lo dispuesto en la Constitución actual y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por Chile, centrando la atención en los permisos de salida que se conceden a las personas privadas de libertad. En este análisis relizaremos, cuando el tema lo amerite, una comparación con la regulación y jurisprudencia existente en España. Por último, expondremos nuestras conclusiones, con la esperanza de que puedan contribuir al futuro debate que se inicia, e incidan en la regulación a un problema que ha sido preterido por años.

2. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

En Chile, el derecho a tutela judicial efectiva se desprende de los artículos 19 N° 3 y 76 de la Constitución Política de la República (CPR)¹, en armonía con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)². En

¹ El art. 76 CPR, señala “*La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley (...) reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión*”. A su vez, el art. 19 N° 3 CPR, asegura la igual protección de la ley a toda persona que ejerza su derecho o facultad de accionar ante los tribunales preestablecidos por el ordenamiento jurídico. El Tribunal Constitucional en STC Rol N° 478-2006, de 8/08/2006, en su considerando 12° señala que este derecho se despliega “*en un ámbito más específico, el de la igualdad ante la ley y cuyo fin es atribuir a quienes deben recurrir ante cualquier autoridad para la protección de sus derechos, iguales condiciones para el ejercicio de los mismos, proscribiendo discriminaciones arbitrarias*”.

² La CADH, en su art. 8.1, determina: “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por el juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*” La Corte Interamericana ha precisado que cuando el art. 8° de la CADH se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente”, para la “determinación de sus derechos”, esta expresión “se refiere a cualquier

el ámbito penitenciario, el artículo 2° de nuestro Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (REP) establece que –los internos– “*fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres*”.

De las normas antes citadas se concluye que el condenado posee un estatus jurídico particular, ya que es sujeto titular de derechos fundamentales, aunque con ciertas limitaciones derivadas de su situación de reclusión. Ahora, estas limitaciones no alcanzan al derecho a la tutela judicial efectiva. Por el contrario, la privación de libertad conlleva una situación de riesgo y vulnerabilidad que impone al Estado el deber de adoptar medidas especiales para garantizar los derechos humanos de quienes se hayan en dicha situación.

Los Estados deben establecer en su legislación interna, mecanismos que permitan a los condenados activar instancias de protección ante la afectación de sus derechos fundamentales, siendo el instrumento principal para ello los recursos judiciales, cuyo fin es asegurar que los órganos jurisdiccionales ejerzan una tutela efectiva de tales derechos.

En efecto, los condenados, al igual que las personas que se encuentran en libertad, tienen el derecho de acceder a los tribunales de justicia, a fin de solicitar la impugnación del acto de la administración penitenciaria que les ha producido agravio³. En el mismo sentido, la Ley N° 19.880, que fija las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado (LBPA), establece que los actos administrativos deben estar sujetos a control jurisdiccional. Por lo tanto, todo acto emanado de la administración penitenciaria puede ser objeto de control judicial.

autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas”. CIDH. *Caso del Tribunal Constitucional*, sentencia de 31/01/2001, Serie C N° 71, párr. 71. En el mismo sentido, STC Rol N° 437 de 2005, sostuvo: “*Que, los principios del artículo 19 N° 3 de la Constitución, se aplican, en lo concerniente al fondo o sustancia de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, trátase de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser; afectado el principio de legalidad contemplado en la Constitución, o los derechos asegurados en el artículo 19 N° 3 de ella, comenzando por la igual protección de la ley en el ejercicio de los atributos fundamentales.*”. El art. 25 letra b) de la CADH, en el acápite sobre protección judicial prescribe que: “*1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*” En igual sentido art. 8 Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

³ En Chile no existe una judicatura especializada, que en el marco de un debido proceso se aboque a resolver las solicitudes, reclamos y denuncias que planteen los internos respecto de la forma o condiciones de cumplimiento de su pena, tal como existe en el derecho comparado, con el nombre de juez de vigilancia o juez de ejecución, sino que la ejecución de la pena queda entregada a un organismo administrativo, Gendarmería de Chile, que es el mismo encargado de la custodia, tratamiento, disciplina y beneficios.

De esta forma, el condenado goza del derecho a la tutela judicial efectiva frente a los actos de la administración del Estado. Asimismo, este derecho también se encuentra amparado en el artículo 38 inc.2º CPR que dispone que *“cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley”*. Por su parte, el artículo 9 REP recoge esta disposición constitucional al establecer que *“los internos, en defensa de sus derechos e intereses, podrán dirigirse a las autoridades competentes y formular las reclamaciones y peticiones pertinentes, a través de los recursos legales”*.

A su vez, el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión⁴, señala la necesidad de control jurisdiccional de la actividad penitenciaria. Del mismo modo, existen importantes fallos de tribunales internacionales que destacan la necesidad de que la ejecución de la pena sea objeto de control judicial⁵.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento, aunque las normas antes citadas garantizan a todas las personas la protección judicial frente a los actos de la administración del Estado, no existe un cuerpo legal que contemple un recurso sencillo, rápido y efectivo que tenga por objeto el impugnar judicialmente una resolución dictada por la autoridad penitenciaria⁶.

Existe así un vacío legal⁷, que deja en la indefensión al condenado que sufre un acto arbitrario de la autoridad penitenciaria, y en especial cuando deniega, revoca o suspende un permiso de salida, lo que atenta contra la garantía de tutela judicial efectiva.

La situación descrita ha llevado a que, en la práctica, las acciones constitucionales de amparo y protección se hayan convertido en el único instrumento de tutela de los derechos e intereses de los condenados privados de libertad. Sin embargo, coinci-

⁴ Adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1988. En el mismo sentido, Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad establecen este derecho, señalando la necesidad de que el recurso se tramite y resuelva de manera sencilla, rápida y eficaz.

⁵ En el caso *Tibi vs Ecuador*, la CIDH, en sentencia de 07/09/2004, determinó que la sola presencia de lesiones físicas en el detenido, durante su periodo de privación de libertad, obliga a los Estados a iniciar una investigación de oficio por el presunto crimen de tortura.

⁶ Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado la *“obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no solo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también en aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. En razón de lo anterior, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte”*. CIDH, *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia de 31/01/2001, Serie C N° 71, párrafo 89.

⁷ En Chile no existe una Ley de Ejecución Penal, por lo que la regulación de los derechos y obligaciones de los internos queda entregada a normas de rango menor –instructivos, decretos y reglamentos–, lo que vulnera el principio de legalidad de la pena y la garantía de ejecución de la misma.

dimos con Salineros en que el ejercicio de estas acciones importa muchas veces una suerte de construcción jurídica forzosa, ya que las actuaciones de la administración penitenciaria contra las cuales se recurre, no siempre se encuadran dentro de los supuestos amparados constitucionalmente, lo que incide en las posibilidades de éxito de la acción⁸.

En la legislación española, el derecho a tutela judicial efectiva se recoge en el artículo 24.1 de la Carta Fundamental⁹, en relación con el artículo 50 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que establece el derecho a presentar recursos, y este a su vez con el artículo 46 de la misma ley, que establece el derecho a obtener beneficios penitenciarios.

Así, si el Juez de Vigilancia o el Centro Directivo deniegan la autorización del permiso de salida, el interno podrá impugnar esa resolución. Contra la resolución que adopte el Juez de Vigilancia podrá interponerse recurso de reforma, tanto por el interno como por el Ministerio Fiscal. Ante la resolución recaída en el recurso de reforma, el Ministerio Fiscal y el interno podrán interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial del lugar donde se encuentre el establecimiento penitenciario¹⁰. Asimismo, el Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre excarcelación, en su recomendación 82 exige la necesidad de que en los permisos penitenciarios se motiven, en la mayor medida posible, las razones que justifican la denegación de un permiso de esta naturaleza, debiendo existir un procedimiento de revisión de las decisiones de denegación¹¹.

A continuación, nos limitaremos a examinar el tratamiento que se ha dado en Chile al ejercicio de las acciones¹² de amparo y protección, frente a la resolución de

⁸ Vid. SALINERO, A., *Los Permisos de Salida en la Legislación Chilena*. Informe en Derecho N° 5/2007, Defensoría Penal Pública, Santiago, p. 47. Asimismo, un estudio realizado a las acciones constitucionales de amparo y protección presentadas por condenados privados de libertad en las Cortes de Apelaciones de Santiago y San Miguel, durante el año 2011, señala que de 105 acciones de protección presentadas contra Gendarmería, se acogió solo un 1,9% de ellas; y de 731 acciones de amparo, solo fueron acogidas el 0,9% de ellas. Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Situación de los Derechos Humanos en Chile*, Informe Anual 2011.

⁹ Art. 24.1 de la Constitución Española, dispone “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”.

¹⁰ Sobre el particular, vid. BRANDARIZ GARCÍA, J.A., Los beneficios intrapenitenciarios: criterios de postulación, mecanismos de concesión y suspensión. experiencia judicial española; y “Temas 11 permisos de salida. Clases. Procedimiento de concesión. No reincorporación de permisos de salida. Salidas programadas. Tramites”, disponible en <http://aladino.webcindario.com/temas/tema11.pdf>.

¹¹ VAN ZYL SMIT, D. y SNACKEN, S., *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 479.

¹² Entenderemos que tanto el recurso de protección como el de amparo son acciones constitucionales, que son definidas por ZUÑIGA, F. y PERRAMONT, A., en *Acciones Constitucionales*, Lexis nexis, Santiago, 2003, p. 11, como un derecho público subjetivo cuyo ejercicio, reconocido por la propia constitución, tiene la virtud de poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado con el objeto de obtener la protección o cautela de un derecho protegido por el ordenamiento constitucional.

la autoridad penitenciaria que deniega, revoca o suspende arbitrariamente un permiso de salida.

2.1. Acción constitucional de amparo

El amparo o habeas corpus, consagrado en el artículo 21 CPR, es la acción y recurso constitucional cuyo contenido específico es el requerimiento de tutela jurisdiccional frente a privaciones de libertad ambulatoria, o perturbaciones, o amenazas arbitrarias o ilegales al ejercicio de dicha libertad, o a la seguridad individual, sin limitaciones y sin que importe el origen de tales atentados¹³. En consecuencia, mediante su ejercicio se persigue, precaver (amparo preventivo) o subsanar (amparo represivo) los abusos cometidos contra la libertad personal o la seguridad individual de las personas.

Es importante tener presente que el condenado se encuentra en una situación de privación legítima de su libertad personal, en virtud de una sentencia condenatoria que se encuentra firme y ejecutoriada. No obstante, el artículo 95, inciso 3° del Código Procesal Penal (CPP) señala que, si la privación de libertad hubiere sido ordenada por resolución judicial, su legalidad sólo podrá impugnarse por los medios procesales que correspondan ante el tribunal que la hubiere dictado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21 CPR, vale decir, sin perjuicio de la acción de hábeas corpus o amparo.

Los permisos de salida, entendemos, no constituyen un beneficio otorgado por la administración penitenciaria en premio por una conducta deseada, sino que son instrumentos del tratamiento penitenciario, es decir, medidas que tienen por finalidad la reinserción social del condenado¹⁴, tal como lo señala el artículo 96 inc. 2° REP. Así, como indica Salinero¹⁵, cuando a un condenado, que reúne los requisitos establecidos en el REP, se le deniega una solicitud de permiso de salida se le está afectando en sus posibilidades de reinserción social, ya que se le priva del contacto con su entorno familiar, se acentúan los efectos colaterales perjudiciales de la privación de libertad y se le impide poner a prueba lo que hasta ese momento ha aprendido en el establecimiento. Es, por lo tanto, la resocialización lo que en primer término y directamente se ve afectado mediante la denegación de un permiso de salida.

Luego, entendemos que lo que distingue a los permisos de salida de las demás actividades y acciones de tratamiento penitenciario, es que ellos tienen lugar en el medio libre, es decir, confieren al condenado un espacio de libertad que no tienen los otros internos y del cual puede gozar legítimamente. Por lo tanto, cuando la autoridad penitenciaria deniega, suspende o revoca el permiso de salida, en forma abusiva o irracional, esto es, sin fundamento, no sólo está afectando la reinserción social del

¹³ TAVOLARI OLIVEROS, R., *Habeas Corpus, Recurso de Amparo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 106.

¹⁴ *Vid.* PINO REYES, O., “Los Permisos de Salida que se Conceden a los Condenados a Penas Privativas de Libertad”, *Derecho y Justicia*, Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica Silva Henríquez, n.º 2, 2012.

¹⁵ SALINERO RATES, A., cit., p. 48.

condenado, sino que lo está privando arbitrariamente del ejercicio legítimo de esa libertad.

En consecuencia, frente a este acto de la administración penitenciaria procedería ejercer la acción de amparo a fin de que el tribunal competente adopte las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. De esta forma lo ha resuelto en algunas ocasiones nuestra jurisprudencia¹⁶.

A nivel comparado, el Tribunal Constitucional Español ha resuelto muy claramente sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito penitenciario y su vinculación con el derecho a la libertad personal, en relación a los permisos de salida. En efecto, en STC 24/2005 de 14 de febrero ha señalado: *“son ya muchas las ocasiones en las que nuestra jurisprudencia se ha ocupado de determinar cuándo una resolución judicial denegatoria de un permiso de salida a un preso constituye un ejercicio efectivo de tutela judicial. El canon de control constitucional resultante es más riguroso que el genérico que repara sólo en si la resolución impugnada es arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente (STC 75/1998*

¹⁶ Vid. recurso de Amparo interpuesto ante la I. Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°56-2000, de 12/06/2000, acogido por cuanto *“la actuación de Gendarmería constituye un abuso de ese derecho, que causa grave limitación a la libertad personal”*, confirmado por la E. Corte Suprema el 27/06/2000 en autos Rol 1.989-00: *“la primera reflexión que cabe formular frente al recurso interpuesto (...) es lo contradictorio que aparece que se intente un recurso de amparo en favor de un reo rematado, que se halla cumpliendo una condena de cadena perpetua impuesta por un tribunal competente. Sin embargo, un mayor análisis del asunto, lleva a concluir que es perfectamente factible la interposición de un amparo en favor de un reo en razón de que, como lo plantea el recurrente, dentro de nuestro régimen carcelario pueden darse diversos grados de limitación de la libertad personal. Todos los reos rematados están privados de libertad, es cierto, pero el rigor de su encierro no es igual, pues habrá algunos que por su extrema peligrosidad deban permanecer aislados o en celdas de alta seguridad y otros que (...) puedan cumplir su condena en un régimen más benigno. Si un reo, por sus merecimientos, ha logrado acceder a un régimen menos riguroso que le ha permitido trabajar y gozar de beneficios que facilitan su rehabilitación, ha adquirido con ello, un estatus o situación jurídica que debe ser protegida por el Derecho. Y el recurso de amparo puede ser el medio idóneo para ello”*. Vid. también recurso de Amparo Rol N° 30.782-2004, interpuesto ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago, confirmado por la E. Corte Suprema Rol N°5.249-2004; y recurso de amparo Rol 79.769-2000 acogido por la I. Corte de Apelaciones de Santiago. En este sentido, pero vinculado al derecho a petición, también destaca el fallo de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 113-2010, de 9/03/2010, que acoge recurso de amparo, deducido por la defensa, por infracción a garantías fundamentales y ordena a Gendarmería pronunciarse sobre la solicitud del amparado. Señala que, establecido que por quien se recurre solicitó por escrito al Jefe de la Unidad Especial de Alta Seguridad de Gendarmería de Chile, el beneficio penitenciario de la salida dominical, basado en que cumplía con los requisitos para postular de conformidad al artículo 103 REP respectivo, sin que la autoridad administrativa le haya dado respuesta a él o a su defensa, tal actuación de la autoridad administrativa recurrida vulnera el derecho de petición, reconocido como garantía constitucional en el artículo 19 N° 14 CPR, al no pronunciarse sobre la petición, lo que no sólo afecta la preservación de la integridad de la persona juzgada y el fin de la pena de recuperarla e integrarla socialmente, sino que también vulnera un aspecto esencial, como lo es haberlo privado en su oportunidad del derecho de optar al beneficio penitenciario, lo que constituye objetivamente una afectación al pleno ejercicio del derecho a la libertad personal en relación al juicio penal.

de 31 de marzo, FJ 3). La razón estriba en que, tal resolución no puede nunca vulnerar el derecho a la libertad personal de los internos, pues la privación de ésta se ha producido por un título legítimo previo que es la imposición de una sentencia penal condenatoria a privación de libertad (STC 167/2003, de 29 de septiembre), no cabe duda de que en las decisiones en torno a los permisos de salida está en juego el valor superior de la libertad, pues de la concesión de los mismos va a depender que el preso disfrute de una cierta situación de libertad de la que de ordinario, y con fundamento en la propia condena que así lo legitima, carece (STC 204/1999, de 8 de noviembre, FJ 4)¹⁷.

2.2. Acción constitucional de protección

La acción constitucional de protección es una medida cautelar¹⁸ de ciertos derechos fundamentales, señalados taxativamente en la CPR¹⁹, frente a actos u omisiones ilegales o arbitrarias que provoquen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los mismos, que permite a la persona acudir a una Corte de Apelaciones, con el objeto de impetrar la adopción de las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar su protección, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los Tribunales de Justicia.

Por lo tanto y de acuerdo con los razonamientos que se han venido exponiendo, podemos sostener que, en contra de la resolución que deniega un permiso de salida procederá ejercer la acción de protección, solo cuando ella importe un acto ilegal o arbitrario de la autoridad penitenciaria, mediante el cual se prive, perturbe o ame-

¹⁷ Citado por RIVERA BEIRAS, I., *La Cuestión Carcelaria*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 474. Más reciente, STC 167/2003 de 29 de septiembre BOE Núm. 254 de 23/10/2003.

¹⁸ Sobre la naturaleza del recurso de protección en Chile *Vid.* PAILLAS, E., *El Recurso de Protección ante el Derecho Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, pp. 74 ss. ZUÑIGA, F. y PERRAMONT, A., *Acciones...*, cit., p. 74.

¹⁹ *Vid.* art. 20 CPR. Los derechos susceptibles de ser recurridos son: a) Derecho a la vida, art. 19, n° 1; b) Derecho igualdad ante la ley, art. 19, n° 2; c) Derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, art. 19 n° 3, inc. 4°; d) Derecho a la vida privada y al honor, art. 19 n° 4; e) Derecho a la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas, art. 19 n° 5; f) Libertad de conciencia, art. 19 n° 6; g) Derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, art. 19 n° 8; h) Derecho a elegir un sistema de salud, art. 19 n° 9, inciso final; i) Libertad de Enseñanza, art. 19 n° 11; j) Libertad de Expresión, art. 19 n° 12; k) Derecho de reunión, art. 19 n° 13; l) Derecho de asociación, art. 19 n° 15; m) Libertad de trabajo, derecho a libre elección y contratación e inc. 4°, art. 19 n° 16; n) Derecho a sindicalizarse, art. 19 n° 19; ñ) Derecho a desarrollar actividades económicas, art. 19 n° 21; o) Derecho a no discriminación arbitraria en materia económica, art. 19 n° 22; p) Derecho a la propiedad, art. 19 n° 23; q) Derecho de propiedad, art. 19 n° 24; r) Libertad de creación artística y propiedad intelectual e industrial, art. 19, n° 25. Los derechos excluidos son: a) Derecho a igual protección en ejercicio de los derechos, art. 19 n° 2 (salvo inc. 4°); b) Libertad personal y seguridad individual; c) Derecho a la salud, art. 19 n° 9 (salvo inciso final); d) Derecho a la educación, art. 19 n° 10; e) Derecho de petición, art. 19 n° 14; e) Igualdad tributaria y de cargas públicas, artículo 19 n° 20.

nace al condenado en el legítimo ejercicio de alguno de los derechos protegidos por esta acción cautelar.

Ahora, los permisos de salida constituyen instrumentos al servicio de la reinserción social, ya que posibilitan la realización de actividades y programas en áreas de educación, formación y perfeccionamiento laboral, cultural, de esparcimiento, entre otras.

Para la jurisprudencia comparada, la naturaleza de los permisos de salida, y su finalidad de reeducación y reinserción social han sido fundamentales para sostener el derecho a tutela judicial efectiva. Así, lo ha entendido el Tribunal Constitucional Español en STC 24/2005, de 14 de febrero, resolviendo en definitiva que no es razonable que la falta de arraigo pueda hacer que el permiso entorpezca el proceso de resocialización o pueda favorecer el quebrantamiento de la condena²⁰.

A diferencia del caso español²¹, en nuestra realidad jurídica, la naturaleza y fines de los permisos de salida han servido más bien como una limitación a la tutela judicial efectiva, ya que al no estar la reinserción del condenado amparada directamente por una acción constitucional especial, se debe necesariamente recurrir a su vinculación con algún derecho que sí lo esté, para que puedan ser resguardados por vía de protección. Luego, esta vinculación se dificulta aún más, ya que el REP sólo le

²⁰ “No es pues constitucionalmente suficiente que el Auto en cuestión se apoye sin más en el Reglamento Penitenciario –y esté en tal sentido fundado en Derecho– y que así lo exprese –y esté en tal sentido motivado–, sino que es imprescindible que tome en consideración los valores constitucionales en juego y que de un modo u otro exponga tal ponderación. Dicho con las palabras de la STC 204/1999, de 8 de noviembre: Debido a la relación que la denegación de un permiso de salida guarda con la libertad, como valor superior del Ordenamiento, para que las resoluciones judiciales que confirmen dicha denegación puedan entenderse conformes con el derecho a la tutela judicial efectiva no es suficiente con que quepa deducir de las mismas los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión, conforme al canon general exigible para entender respetado dicho derecho, sino que será preciso que estén fundadas en criterios que resulten conformes con los principios constitucionales y legales a los que está orientada la institución. En tal sentido hemos considerado motivación suficiente e indicativa de una adecuada ponderación constitucional previa la que sustenta la denegación del permiso de salida en un serio riesgo de quebrantamiento de condena o, por supuesto, en la particular incidencia negativa del concreto permiso en el proceso de reinserción del preso: Se trata, si prefiere expresarse así, de la comprobación de la existencia de intereses relevantes que limitan la inicial inclinación de la decisión pro libertate, a favor de la concesión del permiso” RIVERA BEIRAS, I., cit., p. 474. También referido al fin de reinserción social de los permisos de salida, véase caso *Mastromatteo v. Italia*, de 24/10/2002, en que el TEDH reconoce el objetivo legítimo de una política de reintegración progresiva social de personas condenadas a penas privativas de libertad. VAN ZYL SMIT, D. y SNACKEN, S., cit., p. 477.

²¹ En España se establece en el art. 25.2 de la Constitución Española ‘las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...’, y el art. 1 LOGP y el art. 2 RP, continúan afirmando que uno de los fines primordiales de la ejecución penitenciaria es ‘...la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de seguridad privativas de libertad...’. En Chile no existe una norma constitucional que señale los fines de las penas privativas de libertad, sin embargo este fin de reinserción se desprende del art. 5.6 de la CADH y art. 3 del PIDCP, que se integran a nuestro ordenamiento a través del art. 5º inc. 2º CPR.

atribuye un fin específico a las salidas esporádicas y a la salida controlada al medio libre. En los demás casos nada señala en cuanto al motivo que sirve de fundamento al permiso.

En efecto, las salidas esporádicas tienen por finalidad la visita de parientes próximos en caso de circunstancias graves de trascendencia en la vida familiar, como muerte, enfermedad o accidente grave, y la realización de diligencias urgentes que requieran de la comparecencia personal del condenado. El paso siguiente es analizar si dicha finalidad se comprende dentro de algunos de los derechos tutelados por la acción de protección.

Coincidimos con Salineros²² en que en el caso de muerte o de enfermedad grave de un pariente cercano, la denegación arbitraria de la salida podría representar una perturbación o amenaza del derecho del condenado a su integridad psíquica (art.19 N°1 CPR), lo que haría procedente la acción de protección. Luego, en el caso de la salida esporádica para la realización de diligencias urgentes, creemos que no existe vinculación de esta finalidad con el ejercicio legítimo de alguna de las garantías amparadas por la acción de protección y, por lo tanto, frente a una denegación arbitraria de este permiso, no procederá ejercer esta acción.

La salida controlada al medio libre tiene por finalidad la capacitación laboral o educacional del condenado y el desempeño de alguna actividad laboral. Sin embargo, la capacitación educacional no queda amparada por la acción de protección, ya que la garantía constitucional del art. 19 N° 11, incluye solamente el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales, pero no el derecho a la educación.

En cuanto al desempeño de alguna actividad laboral, las garantías constitucionales aplicables a la materia, numerales 16 y 21 del artículo 19, tampoco sería procedente la acción de protección. En efecto, en el caso del numeral 16 lo que se ampara es el derecho de toda persona a elegir su trabajo con toda libertad y contratar servicios en la misma forma y no el derecho al trabajo.

Sin embargo, en el supuesto que el condenado, haciendo uso de este permiso de salida, se encontrare desempeñando ya una actividad económica o laboral y el permiso le fuere suspendido o revocado de manera infundada, dicha suspensión o revocación podría constituir una actuación arbitraria de la autoridad penitenciaria que privaría al condenado del legítimo ejercicio de su derecho a la libertad de trabajo (que comprende el ejercicio o desempeño de cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícitos) y, por lo tanto, sería procedente el ejercicio de la acción de protección. Los tribunales han señalado que en supuestos como éste (pérdida arbitraria del trabajo) se estaría afectando la garantía constitucional del artículo 19 N° 24 (derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales). De esta forma, los tribunales han reconocido el derecho del trabajador a gozar de un empleo estable mientras cumpla debidamente con sus obligaciones funcionarias, lo que constituye una especie de propiedad sobre un bien incorporal,

²² SALINEROS, A., cit., p. 49.

garantizado por el N° 24 del art. 19 de la CPR, de forma tal que el trabajador sólo puede ser privado de su empleo por los medios que la propia ley establece²³.

Ahora, respecto de los permisos de salida que no explicitan un objetivo, tales como la salida dominical y de fin de semana, una interpretación armónica de las normas que lo regulan, así como de la finalidad de los permisos de salida en general, nos llevan a señalar como objetivos implícitos la reinserción familiar y social del condenado. No obstante, dichos objetivos, como ya vimos, no se encuentran tutelados por el recurso de protección, debiendo reconducirse, de manera a veces forzada, a otros derechos que sí lo estén.

Por ejemplo, nuestra jurisprudencia también se ha pronunciado sobre la decisión de la autoridad penitenciaria respecto de los permisos de salida, vinculado con la protección del derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N° 2 de la CPR, tutelado por la acción de protección. Así, procederá la acción de protección cuando la resolución que deniega la concesión de un permiso de salida no sea suficientemente fundada, por infracción al derecho a la igualdad ante la ley²⁴.

Por último, si bien en Chile la libertad condicional no forma parte de los permisos de salida, como sí lo hace en diversos países latinoamericanos, como Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador y Perú, en nuestro ordenamiento se vinculan con los permisos de salida, pues se considera para calcular el tiempo para postular a la salida dominical y controlada en el medio libre. Luego, nuestros tribunales han conocido de recursos de protección que se interponen en contra de la decisión administrativa que rechaza la concesión de la libertad condicional. Los argumentos para interponer el recurso han sido infracción al derecho a la igualdad ante la ley, al no existir una decisión fundada, lo que convierte el acto en arbitrario e ilegal y las decisiones de nuestra Corte Suprema han sido dispares²⁵.

3. CONCLUSIONES

Como se comprueba, las acciones de amparo y protección, si bien en algunas oportunidades han resguardado los derechos del condenado privado de libertad, no constituyen el medio de tutela idóneo y eficaz en el ámbito penitenciario.

²³ En este mismo sentido, la I. Corte de Apelaciones de Concepción, fallando un recurso de amparo Rol 56-2000, interpuesto por un condenado en contra de la resolución que le revocó un permiso de salida señala que *“además, tal privación le causará un grave daño patrimonial, desde que quedará impedido de continuar trabajando remuneradamente como lo ha venido haciendo hasta ahora, lesionando con ello también su derecho de propiedad”*. Citado por SALINEROS, A., cit., p. 51.

²⁴ Sobre la falta de fundamentación de las resoluciones de la autoridad penitenciaria, se pronunció la I. Corte de Apelaciones de Temuco, la que acogió un recurso de protección interpuesto por la defensa del condenado señalando que existe una *“vulneración de las garantías constitucionales previstas artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, que amparan la igualdad ante la ley, dado que es evidente que se genera una situación de desigualdad en el trato, al no darse en el caso de la recurrente debida aplicación a las exigencias legales de debida motivación”* Recurso de protección Rol N° 1.550-2009. En el mismo sentido se pronunció la misma Corte en recurso de protección Rol N° 691-2009, confirmado por la Corte Suprema en autos Rol N° 5.019-2009.

²⁵ Rechazando el recurso, SCS Rol N° 1596-2012. Acogiendo el recurso SCS Rol N° 8963-2011.

La Corte Interamericana ha precisado reiteradamente que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el art. 25 de la CADH no basta con que los recursos existan formalmente, sino que ellos deben estar dotados de efectividad, como asimismo que su garantía “*constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención*”²⁶.

En conclusión, si bien existe en Chile, formalmente, la posibilidad de un control tanto administrativo como jurisdiccional de la actividad de la administración penitenciaria, en la práctica éste ha demostrado ser poco efectivo en la protección de los derechos de los condenados, lo que releva la urgente necesidad de incluir en la discusión de nuestra nueva Constitución, una regulación de la materia, estableciendo un mecanismo eficiente de tutela de los derechos y una magistratura especializada.

BIBLIOGRAFÍA

- PAILLAS, E., *El Recurso de Protección ante el Derecho Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.
- PINO REYES, O., “Los Permisos de Salida que se Conceden a los Condenados a Penas Privativas de Libertad” en *Derecho y Justicia*, Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica Silva Henríquez, n.º 2, 2012.
- RIVERA BEIRAS, I., *La Cuestión Carcelaria*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- SALINERO, A., *Los Permisos de Salida en la Legislación Chilena*. Informe en Derecho N° 5/2007, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2007.
- TAVOLARI OLIVEROS, R., *Habeas Corpus, Recurso de Amparo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.
- VAN ZYL SMIT, D. y SNACKEN, S., *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ZUÑIGA, F. y PERRAMONT, A., *Acciones Constitucionales*, Lexis Nexis, Santiago, 2003.

²⁶ CIDH. *Caso del Tribunal Constitucional*, párrafo 90; *Caso Cantoral Benavides*, Sentencia 18/082000, Serie C N° 69, párrafo 163; *Caso Bamaca Velásquez*, Sentencia 25/112000, Serie C N° 69, párrafo 191; *Caso Los niños de la calle*, Sentencia 19/11/1999, Serie C N° 63, párrafo 234; *Caso Blake*, Sentencia de 24/01/1998, Serie C N° 48, párrafo 102; *Caso Castillo Páez*, Sentencia de 3/11/1997, Serie C N° 35, párrafo 82.